بسم الله الرحمن الرحيم

الضوابط والقواعد الشرعية للمعاملات المالية الإسلامية

د. إسماعيل خالدي

smain.khaldi@kuveytturk.com.tr

مقدمة

هناك زمرة من الضوابط والقواعد الفقهية تتعلق بفقه المعاملات، منها العام ومنها الخاص بالمعاملات المالية، ولقد تولت المجامع الفقهية المعاصرة كمجمع الفقه الإسلامي وما يشبهها من الهيئات كهيئة المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية إصدار الأحكام الخاصة بالمعاملات المالية المعاصرة بعد دراستها وتحليلها لتوضيح الجائز منها والغير جائز من خلال القواعد الفقهية وذلك لكي يسهل على الناس عموما والمهتمين خصوصا ضبط المعاملات المالية الخاصة بهم، فلقد قال عمر رضي الله عنه: " **لَا يَبِعْ فِي سُوقِنَا إلا من قد تَفَقَّهَ فِي الدِّينِ**".[1] فيجب على الذين من وظيفتهم الفتوى في معاملات الناس المعاصرة، وخاصة أصحاب الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية أن يهتموا بها، لكي تساعدهم في فهم المسائل التي تعرض عليهم ومن ثم استنباط الحكم الشرعي الصحيح وإسقاطه على واقع المسلمين.

وسنبين في هذه الدراسة المبسطة الضوابط والقواعد التي تحكم بعض المعاملات المالية المعاصرة، ولكن لمن أراد التفصيل فليرجع إلى المراجع المتخصصة في هذا المجال والتي سنذكر بعضها في حواشي هذه الدراسة.

تعريف القاعدة الفقهية لغة واصطلاحا

أولا القاعدة لغة[2]: الأساس، وجمعها قواعد أي أسس، وأصلها مأخوذ من القعود وهو الجلوس.

وقواعد البيت: أساسه، وقواعد الهودج: خشبات أربع معترضات في أسفله.

---

1 الترمذي، أبواب الصلاة، 220

2 لسان العرب لابن منظور، مادة (قعد) ؛ مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر الرازي، دار النهضة، مصر، ص 544

والقواعد جمع قاعد وهي المرأة الكبيرة المسنة، **فأما قاعدة:** فهي فاعلة، من قعدت قعودا ويجمع على قواعد أيضا. والقاعدة: أصل الأس، والقواعد: الإساس، وقواعِد البيت إِساسُه، وفي التتريل ((**وإِذ يَرفَعُ إبراهيم القواعِدَ من البيتِ وإسماعيل**)). [سورة البقرة، الآية 127].

ثانيا القاعدة اصطلاحا[3]: تعددت عبارات العلماء في تعريف القاعدة، والاصطلاح العام الذي يدخل في جميع الفنون هو:"**الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته، بحيث يسهل تعرف أحوال الجزئيات منه**".

أما تعريف القاعدة الفقهية اصطلاحا: فإننا نجد اختلافا يسيرا عن الاصطلاح العام، فقد عرفت القاعدة الفقهية بعدد من التعريف، منها:

((**حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته؛ لتعرف أحكامها منها**))[4]

((**أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية عامة من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحت موضوعه**))[5]

تعريف الضابط الفقهي والفرق بينه وبين القاعدة

أولا: تعريف الضابط لغة واصطلاحا

الضابط لغة: لزوم الشيء وحبسه، من ضَبَطَ يضبِط ويضبُط ضبطا، والضبط أيضا: حفظ الشيء بالحزم.[6]

الضابط اصطلاحا: من العلماء من عرف القاعدة بأنها الضابط،[7] إلا هناك من عرف الضابط الفقهي بتعريف خاص ومن هذه التعاريف:

((**الضابط ما اختص بباب، وقصد به نظم صور متشابه**)).[8]

---

3 التعريفات للجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت 1405، ص219 ؛ المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المكتبة العلمية، بيروت، (قعد) ؛ الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي، دارالكتب العلمية، بيروت 1413، 11/1

4 غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن محمد الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت 1985، 51/1

5 موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، لعلي أحمد الندوي، دار العالم المعرفة ، ص45

6 لسان العرب لابن المنظور، مادة (ضبط) ؛ مختار الصحاح لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، تحقيق محمود خاطر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت 1995، مادة (ض ب ط)

7 المصباح المنير، 510/2 ؛ المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى وأحمد الزيات..، تحقيق مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، الإسكندرية، 533/1

((**الضابط هو حكم كلي فقهي ينطبق على فروع متعددة من باب واحد**)).[9]

الفرق بين الضابط والقاعدة

عمدة الفرق بين القاعدة والضابط هو أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب مختلفة، والضابط يجمع فروعا من باب واحد.[10] أي أن الضابط يختص بباب واحد أو أبواب متقاربة، أما القاعدة فإنها تدخل في جميع أبواب الفقه أو أغلبها.

فالقواعد والضوابط جميعها قواعد تُرد إليها فروع، وكليات تتفرع عنها جزئيات، وأصول تنبني عليها مسائل جزئية، إلا أن القواعد أعم من الضوابط حيث تتميز بكونها غير منحصرة في باب معين من أبواب الدين.

فعلى سبيل المثال: قاعدة ((**المشقة تجلب التيسير**)) تسمى قاعدة لا ضابطا؛ لأنها تدخل في جميع أبواب الشريعة، في العبادات والمعاملات وغيرها من أبواب الدين. أما قاعدة ((**ما جازت إجازته جازت إعارته**)) فهي ضابط فقهي لاختصاصها بالمعاملات في باب العارية، وكذلك قاعدة ((**ما لا يجوز السلم فيه لا يجوز قرضه**)) فهي ضابط لاختصاصها بالمعاملات باب القرض.

وهذا هو الاتجاه السائد الذي درج عليه أغلب العلماء في التفريق الاصطلاحي بين القاعدة والضابط كالإمام ابن نجيم في الأشباه والنظائر، والإمام السيوطي، والإمام تاج الدين السبكي وغيرهم. وإن كان بعض الفقهاء أطلق على الكل اسم القاعدة، وأيًّا ما كان الأمر فإن التساهل في الإطلاق إذا سبقه بيان للفارق الدقيق بين القاعدة والضابط فلا بأس به والله أعلم.

إلا أن المتتبع لكتب القواعد الفقهية القديمة والمعاصرة يرى أن العلماء توسعوا كثيرا في إيراد القواعد والضوابط حتى ذكروا أحكاما من الأحكام المهمة التي لها أثر كبير من الناحية العملية، ولكنها لا تمتلك صفات

---

8 الأشباه والنظائر للسبكي، 11/1 ؛ والأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم بن نجيم، تحقيق محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، بيروت 1403، ص192.

9 القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية لعبد السلام بن إبراهيم بن محمد الحصين، دار التأصيل، القاهرة 2002، 72/1

10 الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص192 ؛ القواعد والضوابط الفقهية للندوي، 46/1.

القاعدة ولا صفات الضابط، وهذه الظاهرة تأخذ في الاتساع مع مرور الزمن، والظاهر أن الدافع إلى هذا التوسع هو الرغبة في استخلاص نظرية متكاملة في كل باب من أبواب العلم تعتمد على مجموعة من القواعد والضوابط، مع مجموعة من الجمل الثابتة لرجحانها الشديد أو لاتفاق العلماء عليها، ومن الأمثلة على هذه المجموعة في باب المعاملات:

- لا تجب الإعارة إلا حيث تعينت لدفع مفسدة. [11]
- المحل الواحد لا يقبل الضمانين. [12]
- الإذن دلالة كالإذن صراحة. [13]
- تصرف الفضولي موقوف على إجازة المالك. [14]

وهذا الاتجاه لا مانع منه إذا كان باعتدال ودون تفريط يفضي إلى ذوبان القواعد في بحر الفروع، كما يشترط أن تكون هذه الجمل مجمع عليها أو راجحة رجحانا قويا، وأن تسهم مع القواعد والضوابط الواردة في الأبواب الفقهية في وضع نظريات كلية متكاملة تحقق ما تتطلبه النظريات.

وهذا يتطلب إعادة النظر في القديم والجديد مما قدم في هذا الفن لنفض الحشو ونفي الزيادات، وإضافة ما يجب إضافته في ضوء حاجات الأمة الملازمة لها في جميع العصور وحاجاتها المستجدة في الحياة الحاضرة.

إلا أن التجديد في القواعد الفقهية يكون في الغالب بالنظر فيما تفرق من الأحكام وجمع شتات الفروع والتأليف بينهما بشكل يصل بالباب إلى ما يشبه النظرية المتكاملة.

وفي نهاية هذه المقدمة نختم بكلام جميل للأستاذ مصطفى الزرقا حيث قال: "لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعا مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها الأفكار..." [15]

---

11 الأشباه والنظائر لعبد الرحمان بن أبي بكر السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403، ص467.

12 الأشباه والنظائر للسبكي، 300/1.

13 درر الحكام شرح مجلة الحكام لعلي حيدر، تعريب فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، 220/2.

14 القواعد لابن رجب الحنبلي، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة 1999، ص436.



15 المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا، دار الفكر، بيروت، 949/1

الضوابط والقواعد الفقهية التي لها علاقة بالمعاملات المالية

أولا: القواعد الفقهية العامة

ويتمثل في القواعد الكلية التي لا تختص باب من الأبواب، وإنما تدخل في جميع الأبــواب الفقهيــة، وقــد اخترت منها ثلاث قواعد وحاولت الاقتصار فيها على مجالات تطبيقها في المعاملات المالية.

القاعدة الأولى: الأمور بمقاصدها

هذه القاعدة من القواعد الكبرى التي تشمل الأحكام الفرعية، بل تأتي على رأس القواعد وأهميتها تأتي مــن إعمالها للمقاصد والنيات ورد الأقوال والأفعال والتصرفات إليها. قال ابن القيم: "النية روح العمل ولبه وقوامــه وهو تابع لها يصح بصحتها ويفسد بفسادها".[16]

وأصل هذه القاعدة الحديث المشهور الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم: ((إنما الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ..))[17]

ومعنى هذه القاعدة: "أن حكم الأمور بمقاصد فاعلها".[18] أي: "أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر".[19]

هل تتضمن هذه القاعدة المعاملات المالية؟

قلنا أن من أهمية هذه القاعدة رد الأقوال والأفعال والتصرفات إليها، وبالتالي فهي تشمل العبادات وكل ما يصدر عن المكلف، أما تأثير النية في العبادات فلا يحتاج إلى بيان لأنه لا يكون الفعل عبادة إلا بالنية. أما تأثير النية في المعاملات فقد منعه بعض العلماء وأوجبه بعضهم:

فممن منع تأثير النية في المعاملات الحنفية والشافعية والظاهرية ما لم تظهر في العقود، فقد ورد عن الشافعي رحمه الله: "أَصْلُ ما أَذْهَبُ إلَيْهِ أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ كان صَحِيحًا في الظَّاهِرِ لم أُبْطِلْهُ بِتُهْمَةٍ وَلَا بِعَادَةٍ بــين الْمُتَبَــايِعَيْنِ،

---

16 إعلام الموقعين لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي، تحقيق طه عبد الرءوف سعد، دار الجيل، بيروت 1973، 123/3.

17 البخاري، بدء الوحي، 1

18 القواعد والضوابط الفقهية للندوي، 40/1

19 درر الحكام لعلي حيدر، 17/1

وَأَجَزْته بِصِحَّةِ الظَّاهِرِ، وَأَكْرَهُ لَهُمَا النِّيَّةَ إذَا كانت النِّيَّةُ لو أُظْهِرَتْ كانت تُفْسِدُ الْبَيْعَ".[20] فالاعتبار عندهم بظاهر العقود لا بما ينويه العاقدان، ولهذا يصح عندهم بيع العينة ونكاح من قصد التحليل ونظائره.[21]

وممن قال بتأثير النية في المعاملات المالكية والحنابلة، يقول الشاطبي: "كل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له، فعمله باطل".[22]

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: "إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فتجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، أو صحيحا من وجه فاسدا من وجه، كما أن القصد في العبادات يجعلها واجبة ومستحبة أو محرمة، أو صحيحة أو فاسدة".[23]

ويقول ابن القيم رحمه الله " : إن الاعتبار في العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها ... وقاعدة الشريعة العامة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والمعاملات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالا أو حراما، وصحيحا أو فاسدا، وطاعة أو معصية".[24]

والراجح هو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة لأن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الدين، فالقاعدة تشمل مختلف فروع المعاملات فهي "تجري في كثير من الأبواب الفقهية مثل المعاوضات والتمليكات المالية والإبراء، وتجري في الوكالات، والضمانات، والأمانات والعقوبات"،[25] وهي الفاصلة في كنايات العقود مثل: "كنايات

---

20 الأم لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار المعرفة، بيروت 1393، 74/3

21 رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المشهور بابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت 2000، 273/5 ؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، 187/3 ؛ الأشباه والنظائر لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم، دار الفكر، دمشق 199، ص18 ؛ المجموع لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، دار الفكر، بيروت 1997، 248/9

22 الموافقات للشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، 333/2

23 إعلام الموقعين لابن القيم، 95/3

24 نفس المصدر السابق

25 شرح القواعد الفقهية لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق 1989، ص47

البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والحوالة والوكالة والإقالة..".[26]

فمثلا لو اشترى العنب بقصد الأكل أو التجارة جاز، وإن اشتراه بقصد أن يعصره خمرا أو يبيعه ممن يعصره خمرا لم يجز، وإن باع السلاح لمن يقاتل به في سبيل الله أو لدولة تدافع به عن شعبها جاز، وإن باعه لمن يسعر به الفتنة أو يقتل به مؤمنا أو للجماعات الإرهابية لم يجز.

تطبيق القاعدة على المعاملات المعاصرة

ومما ينبغي ردّه إلى صلب هذه القاعدة وما تفرع عنها ما انتشر في الواقع الإسلامي المعاصر من التعاملات والعقود التي يختلف مقصودها عن شكلها الظاهري، ومن هذه العقود:

1. الودائع المصرفية، فحقيقة هذه المعاملة أنها قرض مضمون بفائدة محددة سلفا، وما دامت الوديعة مضمونة فلا يمكن أن تكيف شرعا على أنها وديعة، وإنما هي قرض، فإذا حددت لها فائدة مشروطة سلفا كانت قرضا ربويا محرما.

2. البيع بالتقسيط، كما تجريه البنوك الربوية بالاتفاق مع الجهات القائمة بالبيع كوكالات السيارات، فمثل هذا البيع الذي ينص فيه على الفائدة مفصولة عن الثمن الحال لا يسمى بيعا بالتقسيط، وتسميته بهذا الاسم لا يخرجه عن حقيقته الشرعية أنه عملية مداينة ربوية؛ لأن باقي الثمن وقعت فيه الزيادة بعد أن استقر في ذمة المشتري.

3. التورق المنظم، الذي تنظمه بعض البنوك الإسلامية، وهو في حقيقته ومقصوده قرض ربوي، لأن البيع لا يكون مقصودا للبنك، والشراء لا يكون مقصودا للعميل، وإنما قصد العميل الحصول على النقد أو تسديد دينه لدى البنك، وقصد البنك الإسترباح من وراء حاجة العميل أو تحصيل دينه الذي على العميل، وإنما ألبست العملية شكل التورق للفرار من الحكم الشرعي، ولذلك لا يجري فيها قبض فهو بعينه بيع العينة المحرم.

---

26 الأشباه والنظائر للسيوطي، ص49

القاعدة الثانية: لا ضرر ولا ضرار

قال ابن عبد البر: معنى "لا ضرر"، لا يُدخَل على أحد ضرراً لم يدخله على نفسه، ومعنى "لا ضرار" لا يضار أحد بأحد.[27]

وهي قاعدة من القواعد الكبرى التي تدخل في جميع أبواب الدين أيضا، وتضبط كثيرا من الأحكام، وأصل هذه القاعدة الحديث الذي رواه جمع من الصحابة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((**لَا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ**)).[28] ومن أدلتها أيضا قوله تعالى: ((**ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا**)). [البقرة، آية 231].

وتتجلى عناية الفقهاء بموضوع دفع الضرر قبل وقوعه من باب الوقاية، وبموضوع رفع الضرر وإزالته بعد وقوعه، من خلال قواعد متغلغلة منبثة في مصادر الفقه الإسلامي، صاغها الفقهاء لضبط المعاني المتنوعة المندرجة تحت هذه القاعدة. ومن القواعد التي تندرج تحت هذه القاعدة:

1. ((**الضرر يُدفع بقدر الإمكان**)) فيحق للقاضي منع المدين من السفر بناء على طلب الدائن حتى يوكل وكيلا عنه بالخصومة، ولا يصح منه عزل هذا الوكيل مادام مسافرا منعا لضرر الدائن.
2. ((**الضرر يزال**))، ومن فروع هذه القاعدة: الرد بالعيب، جميع أنواع الخيار، وثبوت الخيار للمسترسل، والنهي عن الاحتكار، والتسعير عند فساد السوق وغير ذلك من الأحكام التي تزيل الضرر.
3. ((**الضرر لا يزال بمثله**))، وهذه القاعدة تعتبر ضابطا يحكم عمل القاعدة السابقة، ويضع حدا لمجال عملها حتى لا تتعداه إلى ما يسبب ضررا عكسيا.
4. ((**يُتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام**))
5. ((**الضرر الأشد يُدفع بالضرر الأخف**))
6. ((**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**))

---

27 الاستذكار لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر، تحقيق سالم محمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت 2000، 191/7

28 ابن ماجة، الأحكام، 16 ؛ المسند للإمام أحمد بن حنبل، مؤسسة قرطبة، مصر، 313/1 ؛ الإمام مالك، الأقضية، 30

مجال تطبيق القاعدة في المعاملات المالية

إن مجال تطبيق هذه القاعدة في أبواب المعاملات المالية واسع، ومن أمثلة تطبيقها:

1. مسألة تلقي السلع والركبان المنهي عنه في الحديث الذي قال فيه النبي صلى الله عليه وسلم: ((وَلَا تَلَقَّوْا السِّلَعَ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا إِلَى السُّوقِ)).[29] وقال أيضا: ((لَا تَلَقَّوْا الرُّكْبَانَ)).[30]

ويحرم تلقي أصحاب البضائع في الشارع، أو في الدور والفنادق وغيرها قبل دخولهم الأماكن المعدة، لعرض السلع وبيعها في الأسواق، في قول جمهور العلماء، لما فيه من الخداع والتغرير بالبائع، والإضرار بأهل السوق، لما فيها من إغلاء على أهل الأسواق التي هي أعم نفعا للمسلمين، والضعيف الذي لا يقدر على التلقي.[31]

2. تحريم الاحتكار لما يحتاج الناس إليه من السلع لما فيه من الإضرار بهم.

الأصل أن يبيع المرء سلعته متى شاء، فإن نزلت بالناس حاجة، و لم يُوجد عند غيره طعام، أجبر على البيع لرفع الضرر عن الناس. لكن يجبر على البيع بسعر الوقت أو المثل. ويتفق الفقهاء على أن الاحتكار بالقيود التي اعتبرها كل منهم محظور، لما فيه من الإضرار بالناس، والتضييق عليهم.[32]

3. مسألة ما يطرأ على العقود من ظروف طارئة، مما يرجع على أحد المتعاقدين بالضرر الكبير والخسائر الجسيمة، كأن يوقع الطرفان عقد مقاولة على إنشاء مبنى معين ويتفقان على الثمن المقابل، ثم يفاجأ الطرف المسئول على التنفيذ بارتفاع شديد في الأسعار بسبب من الأسباب الطارئة، مما يترتب عليه خسارة كبيرة، ومثل ذلك قد يحدث في عقود الاستيراد والتصدير.

---

29 متفق عليه، رواه: البخاري، البيوع، 71 ؛ مسلم، البيوع، 12

30 متفق عليه، رواه: البخاري، البيوع، 64، 68 ؛ مسلم، البيوع، 11.

31 انظر: الاستذكار لابن عبد البر، ، 524/6 ؛ روضة الطالبين لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت 1405، 413/3 ؛ المغني لعبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، دار الفكر، بيروت 1405، 152/4

32 انظر: البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة، بيروت، 370/8 ؛ التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، دار الفكر، بيروت 1977، 380/4 ؛ الروضة للنووي ، 411/3 ؛ المغني لابن قدامه، 154/4 ؛ المحلى بالآثار لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، دار الكتب العلمية، بيروت (ب.ت) ، 572/7.

وقد ناقش مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة 1402هـ هذه القضية تحت قاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الضرر يزال)، وقاعدة (الضرر يدفع بقدر الإمكان) وقرر ما يلي:

في العقود المتراخية التنفيذ –كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات – إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، دون إهمال أو تقصير منه، فإنه يجوز تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزيع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز فسخ العقد إذا كان فسخه أصلح وأسهل، مع تعوض عادل للملتزم له يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه في العقد، وتعتمد هذه الموازنات رأي أهل الخبرة والاختصاص.[33]

ومنها أيضا البيع للمسترسل بسعر يخالف سعر السوق، التسعير بما لا يضر الباعة، بيع النجش... وغيرها من المسائل التي لا يعنا ذكرها في هذا المقام.

القاعدة الثالثة: اليقين لا يزول بالشك

قال السيوطي رحمه الله: "تدخل في جميع أبواب الفقه، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه".[34]

ومعنى القاعدة أن ما علم ثبوته بيقين وجودا أو عدما لا يرتفع بمجرد الشك، بل إن الأمر المتيقن لا يرتفع إلا باليقين.

وتستند هذه القاعدة إلى أدلة من السنة النبوية منها حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((إذا وَجَدَ أحدكم في بَطْنِهِ شيئا فَأَشْكَلَ عليه أَخَرَجَ منه شَيْءٌ أَمْ لَا فلا يَخْرُجَنَّ من الْمَسْجِدِ حتى يَسْمَعَ صَوْتًا أو يَجِدَ رِيحًا)).[35] أي أن يعلم وجود أحدهما ولا يشترط السماع والشم بإجماع المسلمين.[36]

---

33 القرار الرابع لمجمع رابطة العالم الإسلامي في الدورة الرابعة عشرة، يناير 1995

34 الأشباه والنظائر للسيوطي، ص51

35 مسلم، الحيض، 69

36 شرح النووي على صحيح مسلم لأبي زكريا يحي بن شرف النووي، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1392، 49/4

وحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((**إذا شَكَّ أحدكم في صَلَاتِهِ فلم يَدْرِ كَمْ صلى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا فَلْيَطْرَحْ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ على ما اسْتَيْقَنَ**)).[37]

ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد كثيرة من أهمها:

1. قاعدة ((الأصل بقاء ما كان على ما كان))،
2. قاعدة ((الأصل براءة الذمة))،
3. قاعدة ((الأصل في الأشياء الإباحة))، فالأصل في جميع الأشياء الإباحة، فلا ينتقل عن هذا الأصل اليقيني إلا بيقين، ولا تثبت الحرمة إلا بدليل، ولا تثبت بالشك لأن اليقين لا يزول بالشك.
4. قاعدة ((الأصل في العقود والشروط الإباحة والصحة))،
5. قاعدة ((لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح)).

مجال تطبيق القاعدة في المعاملات المالية

هناك مجالات كثيرة لتطبيق هذه القاعدة وما تفرع عنها، ومن المجالات المتعلقة بأبواب المعاملات المالية:

- لو اشترى أحد شيئا ثم ادعى أن به عيبا وأراد رده، واختلف التجار أهل الخبرة في كونه عيبا فليس للمشتري رده، لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك.[38]
- لو ادعى المقترض دفع الدين إلى المقرض، أو ادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع، أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر، وأنكر المقرض أو البائع أو المؤجر كان القول قول المنكرين مع اليمين، أي أن هذه الديون بعد ثبوتها تعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ما لم يثبتوا الدفع؛ لأنها كانت مستحقة عليهم بيقين، واليقين لا يزول بالشك.
- لو تبين بالمبيع عيب بعد القبض، فزعم البائع حدوثه عند المشتري، وزعم المشتري حدوثه عند البائع،

37 مسلم، المساجد، 51

38 شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص83

فإنه يعتبر حادثا عند المشتري، فليس له فسخ البيع حتى يُثبت أنه قديم عند البائع.

- فيما إذا ادعى رجلٌ على رجلٍ أنه اشترى منه زريعة وزرعها فلم تُنبت، فإن وجد من تلك الزريعة بقية فإنها تُجرب، فيعرف صدق المشتري من كذبه، فيجب له إذا عرف صدقه الرجوع بقيمة العيب إن لم يكن البائع مدلسا، وبجميع الثمن إن كان مدلسا، ولا يجب له شيء إذا عرف كذبه، فإن لم يبق منها ما تُجرب به كُلِّف المبتاع أن يُثبت أنه زرعها في أرض تربة تنبت فلم تنبت، فإذا أثبت ذلك كان الأمر فيه على ما تقدم من الرجوع بجميع الثمن أو بقيمة العيب، وإن لم يثبت ذلك حلف البائع على العلم أنه ما علم أنها لا تنبت وبرئ. فاليقين لا يزول بالشك.[39]

القاعدة الرابعة: العادة محكمة

ومن القواعد التي لها تأثير كبير في فقه المعاملات قاعدة "**العادة محكمة**" وما تفرع عنها من قواعد خاصة بتحكيم العرف، وقد لاقت هذه القواعد ما لم تخالف الشرع القبول باتفاق الفقهاء على مختلف مذاهبهم. ومن العادات والأعراف ما لها أهمية كبيرة في المعاملات المالية، فقد كان للعرب بيوع وشركات ومضاربات أقرها الإسلام بعد أن أبطل منها ما فيه أكل أموال الناس بالباطل، كالربا بنوعيه (النسيئة والفضل)، بيوع الغرر.

ومن أدلة هذه القاعدة ما كان شائعا قبل الإسلام من البيوع، فأقرها بعد تهذيبها ومنها: بيع السلم، استثناء بيع العرايا من بيع المزابنة، بيع الجزاف فالأصل في بيع الجزاف منعه ولكنه خفف فيما يشق علمه من المعدود، أو قل جهله في المكيل والموزون،[40] المضاربة، الإجارة، المزارعة، المساقاة، فلو تأملنا هذه العقود وجدناها متماشية مع الأعراف التي كانت سائدة، ونابعة من حاجات الناس آن ذاك.

شروط العمل بالعرف

ولاعتبار العرف في الأحكام لا بد من توفر بعض الشروط من أهمها:

39 انظر: القاضي عياض وولده محمد، مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، تحقيق: محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1997، ص 263-264

40 حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لمحمد عرفة الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، 20/3

1. ألا يخالف العرف أو يناقض نصا من النصوص التشريعية، إذ لا عبرة بالعرف المخالف للنص الصريح، قال الإمام السرخسي: " إن ما تعارفه الناس وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز".[41]

2. ألا يكون العرف مخالفا لما نص عليه في العقد، وذلك لأن الشرط أقوى من العرف، كما يحق للمتعاقدين اشتراط ما يخالف العرف السائد. ومن الأمثلة العصرية على ذلك: أنه لو كان هناك عرف متبع على أن تكون رسوم تسجيل العقد، أو مصاريف شحن البضاعة على المشتري، واتفق العاقدان على أن يكون ذلك على البائع خلافا لما عليه العرف فالعبرة بما اتفق عليه اتفاقا صريحا.[42]

ويتفرع عن هذه القاعدة قواعد وضوابط تدل على سعة أطراف هذه القاعدة وإن كانت متقاربة الدلالة والمعاني، وقد ذكر في مجلة الأحكام العدلية مجموعة من القواعد هي في جملتها تُعدّ الضوابط المنظمة لأحكام القاعدة الكلية "**العادة محكمة**"، نذكر منها:

- (استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، المادة 37.
- (**إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت**)، المادة 41.
- (**المعروف عرفا كالمشروط شرطا**)، المادة 43.
- (**المعروف بين التجار كالمشروط بينهم**)، المادة 44.
- (**التعيين بالعرف كالتعيين بالنص**)، المادة 45.

مجال تطبيق هذه القواعد في المعاملات المالية المعاصرة

من بين المسائل والقضايا التي يؤثر فيها العرف وتعامل الناس:

1. أجر السمسار إذا لم يحدد بالاتفاق فإنه يخضع للعرف بين التجار، وهذا ما يجري في عقود الإيجار والبيع لدى مكاتب العقارات، فالعرف أن المكتب العقاري يأخذ العمولة من المستأجر.

41 المبسوط للسرخسي، 45/12

42 القواعد الفقهية للندوي، 189/1

2. من المسائل الاقتصادية المرتبطة بالعرف ما تقرر في قرارات وفتاوى الهيئات والمجامع من اعتبـــار تقييـــد البنك لعملية مبادلة العملات في حساب المشتري يأخذ حكم القبض، ، فما جرى عليه عرف المصارف في مبادلة النقد بالنقد تقابضا.[43] وهذا ما سمي بالقبض الحكمي، ومما يعد من القبض الحكمي أيضا قبض المستفيد للـــشيك المصرفي، الدفع بالبطاقة الائتمانية، إيداع المدين لمبلغ الدين في حساب الدائن بطلبه أو رضاه وتبرأ ذمـــة المـــدين بذلك. لأن "الأصل في تحديد كيفية قبض الأشياء العرف، ولهذا اختلف القبض في الأشياء بحسب اختلاف أعراف الناس".[44]

3. يحق للبنك في عقود المرابحة أن يضيف المصاريف التي تعارف التجـــار علـــى إضـــافتها إلى الأثمـــان، كمصاريف التخزين، النقل، الجمارك، وغيرها، ويعبر عن سعر السلعة عند ذلك بما وقفت على البنك.[45]

---

43 الفتاوى الاقتصادية لبيت التمويل الكويتي، 35/1

44 المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة، ص256

45 نفس المصدر السابق، 52/1

ثانيا: القواعد الخاصة بعقود المعاوضات وعقود التبرعات

أ) القواعد الخاصة بعقود المعاوضات

عقود المعاوضات تشمل عقود البيوع والإجارات والهبات المشروط فيها الأعواض وما شابه ذلك. والقواعد والضوابط فيها كثيرة، لكني سأقتصر على قاعدتين مهمتين لاشتمال مجال تطبيقهما على كثير من المعاملات المالية المعاصرة.

القاعدة الأولى: الأصل في العقود الإباحة

هذه القاعدة لها ارتباط وثيق بالقاعدة ((الأصل في الأشياء الإباحة))، والمقصود من هذه القاعدة أن الأصل في البيوع وجميع المعاوضات المالية الحل والإباحة، فلا يحرم منها إلا ما قام الدليل على تحريمه، وما لم يرد الدليل بتحريمه فيبقى على أصل الحلال. فكل عقد إذا لم يكن به ما يحرم شرعا، ولم يقم دليل على تحريمه من الكتاب أو السنة أو الإجماع، حكم بإباحته وحله، وذلك لبقائه على الأصل ولعدم وجود ما ينقله عن هذا الأصل الذي هو الحل والإباحة، أما الحرام فهو استثناء من الأصل.

ومما يدل على صحة هذا الأصل قوله تعالى: {وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ} [البقرة، آية 275]، قال ابن العربي عند ذكره لهذه الآية: "فاقتضى هذا الإطلاق جواز كل بيع إلا ما قم الدليل على رده".[46]

فيجوز كل نوع من أنواع البيوع، سواء كان صرفا أو مواعدة بالصرف أو مقايضة، وحالا أو مؤجلا، وسواء كان بيعا مطلقا كالمرابحة أو التولية أو الوضيعة أو كان مزايدة...وغيرها. فلا يحرم من البيع إلا ما ورد فيه نص من الشارع بتحريمه.

وفي هذا الصدد يقول ابن عبد البر: "الأصل في البيوع أنها حلال إذا كانت تجارة عن تراض إلا ما حرمه الله عز وجل على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم نصا أو كان في معنى النص فإن ذلك حرام وإن تراضى به

46 القبس شرح موطأ مالك بن أنس لأبي بكر بن العربي المعافري، تحقيق محمد عبد الله ولد كريم، دار الغرب الإسلامي، بيروت 1992، 846/2

المتبايعان".[47] وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "فأصل البيوع كلها مباح إذا كان برضا المتبايعين الجائزي الأمر فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان في مَعْنَى ما نهى عنه رسول اللَّهِ صلى اللَّهُ عليه وسلم".[48]

مجال تطبيق القاعدة في المعاملات المالية

وعلى هذا الأصل فإن أي عقد مستجد في الحياة المعاصرة مما لم يتطرق إليه الفقهاء من قبل يكون مقبولا شرعا إذا لم يتصادم مع دليل شرعي من الكتاب أو السنة أو الإجماع، أو القياس وكان مما اقتضته مصالح الناس العامة ولم يشتمل على مفسدة راجحة. ومن أمثلة البيوع المستحدثة:

- **إباحة البيع بالتقسيط،** إذا لم يقع في صورة تجعله عقدا ربوياً كأن ينص فيه على الفائدة مفصولة عن ثمن السلعة. وهو أن تشتري سلعة بسعرٍ زائدٍ على ثمنها نقدا حالا من أجل الأجل للتقسيط، فالأصل فيه الحل والإباحة حتى يقوم دليل التحريم، وزيادة الثمن إنما هي من أجل التأخير.

- **المرابحة للآمر بالشراء،** وهو بيع المؤسسة إلى عميلها (الآمر بالشراء) سلعة بزيادة محدودة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة (ربح المرابحة) في الوعد. وتسمى المرابحة المصرفية لتمييزها عن المرابحة العادية،[49] وتقترن المرابحة المصرفية بتأجيل الثمن مع أن هذا التأجيل ليس من لوازمها.[50] أما المرابحة فقد تعامل الناس بها في جميع العصور، قال ابن قدامه: "رأس مالي فيه أو هو علي بمائة بعتك بها وربح عشرة فهذا جائز لا خلاف في صحته ولا نعلم فيه عند أحد كراهة"[51] والمرابحة للآمر بالشراء جائزة إذا وقعت على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور (البنك) وحيازتها ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المتفق عليه سابقا. ودليل المشروعية هو عموم الأدلة التي تقضي بإباحة البيع، ولم يقم دليل على استثنائها من الإباحة. بشرط أن لا تتحول العملية في جوهرها إلى مجرد

47 الاستذكار لابن عبد البر، 419/6

48 الأم للإمام الشافعي، 3/3

49 هو البيع برأس المال مع زيادة معلومة ويقال أعطاه مالا مرابحة على الربح بينهما. انظر: المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى، 322/1 ؛ المغني لابن قدامه، 129/4

50 المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين 2010، ص108

51 المغني لابن قدامه، 129/4

توفير المال للعميل الذي لا يقدر على شراء السلعة مقابل ربح معلوم، أو أن يكون قائما على أساس الإلزام بالوعد للعاقدين، وهو من التطبيقات الخاطئة التي تجريها بعض المصارف.

- **عقد المقاولة**، وهو من العقود التي انتشرت في العصر الحديث، فالمقاول هو أن يتعهد بالقيام بعمل معين مستكمل لشروط خاصة كبناء بيت أو إصلاح طريق وتوضح التفصيلات له في عقد يوقعه المتعاقدان".[52]

وعقد المقاولة قد يتعهد فيه المقاول بصنع شيء على أن يقدم رب العمل له المادة ويقوم هو بالعمل فقط، وقد يتعهد فيه بالعمل والمادة معا، فالعقد في الصورة الأولى إجارة في الفقه الإسلامي، وفي الصورة الثانية استصناع.[53] وقد تم تعريف هذا العقد من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي ووضع تفاصيل هذا العقد، وضوابطه الشرعية التي تحميه من الانزلاق.[54]

- **عقد الاستصناع** وهو "عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها، ولا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية".[55]

وهناك صيغة جديدة في العرف المعاصر تسمى (**الاستصناع الموازي**) وهو الذي تقوم به المصارف والبنوك الإسلامية يتم من خلال إبرام عقدين منفصلين أحدهما مع العميل يكون فيه المصرف صانعا، والآخر مع الصناع أو المقاولين يكون فيه المصرف مستصنعا، والغالب أن يكون أحدهما حالا (وهو الذي مع الصناع أو المقاولين) والثاني مؤجلا (وهو الذي يكون مع العميل).[56]

ويختلف الاستصناع عن المقاولة بأن المقاولة إجارة إذا اقتصرت على العمل وكانت المواد من العميل (المستأجر)، أما إذا شملت المقاولة عمل المقاول وتقديم المواد منه فهي استصناع.

ويختلف الاستصناع عن السلم بأن الاستصناع عقد على عين موصوفة في الذمة اشترط فيها العمل، فلا

---

52 المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى، 767/2

53 الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي للصديق محمد الأمين الضرير، مجموعة دلة البركة، جدة 1995، ص468

54 قرار رقم (6/4/55) لمجمع الفقه الإسلامي

55 المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة، ص158

56 نفس المصدر السابق

يجري إلا فيما يتطلب صناعة، أما السَّلَم فهو عقد على عين موصوفة في الذمة لم يشترط فيها العمل.

– **الإجارة المنتهية بالتمليك،** وهي صورة خاصة للإجارة يُعمل بها في المصارف والبنوك الإسلامية، وهـــي إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق التالية: إما

1. وعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقيـــة، أو بسعر السوق.

2. وعد بالهبة.

3. عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط.

وفي حالات إصدار وعد بالهبة أو وعد بالبيع أو عقد هبة معلق بمستندات مستقلة، لا يجوز أن يُذكر أنهـــا جزء لا يتجزأ من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.[57]

ومن العقود المستحدثة التي تندرج في مجال قاعدة ((الأصل في العقود الإباحة)) كثيرة جدا يضيق المكـــان لذكرها والتفصيل فيها، نذكر منها: المواعدة في الصرف، مسألة الشرط الجزائي، المشاركة المتناقـــصة، المـــشاركة المنتهية بالتمليك، الشركات ذات النشاط المشروع في الأصل وتتعاطى أنشطة غير مشروعة، القـــبض الحكمـــي، البورصة، بيع الاستجرار... فأثر هذه القاعدة لا يقف عند حد استحداث معاملة من المعـــاملات الـــتي لم تكـــن موجودة من قبل، بل يجوز الاستفادة من المعاملات الحديثة التي هي من نتاج الكفار، فيقبل منها مـــا لـــيس فيـــه مصادمة للشرع نصا أو قياسا، ويرفض منها ما كان مخالفا للشرع.

57 المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة، ص117

القاعدة الثانية: الغرر الكثير يفسد العقود دون يسيره

هذه القاعدة من نوع الضوابط الفقهية لاختصاصها بباب المعاملات المالية، وهي من أهم قواعد فقه المعاملات المالية وركائزها، وأصل هذه القاعدة حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: ((**نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر**))،[58] قال النووي: "هو أصل عظيم من أصول كتاب البيوع، ويدخل فيه مسائل كثيرة غير منحصرة كبيع الآبق، والمعدوم، والمجهول، وما لا يقدر على تسليمه، وما لَم يتم ملك البائع عليه،... ونظائر ذلك وكل هذا بيعه باطل لأنه غرر".[59]

والغرر: ما يكون مستور العاقبة.[60] والمعنى الإجمالي للقاعدة أن الغرر إذا كان كثيرا فهو الغرر المنهي عنه، وهو مفسد للعقود، لأنه يفضي للنزاع، أما إذا كان يسيرا وتابعا غير مقصود فإنه لا يفسد العقود، لأنه يصعب الاحتراز منه ولا تكاد تخلو منه البيوع. يقول النووي في هذا الصدد: "الأصل أن بيع الغرر باطل لهذا الحديث، والمراد ما كان فيه غرر ظاهر يمكن الاحتراز عنه، فأما ما تدعو إليه الحاجة ولا يمكن الاحتراز عنه كأساس الدار...، ونحو ذلك فهذا يصح بيعه بالإجماع".[61] ويقول ابن عبد البر: "ولا يكاد شيء من البيوع يسلم من قليل الغرر فكان معفوا عنه".[62]

وإلى جانب هذا النص العام الذي ينهى عن الغرر، وردت نصوص خاصة تنهى عن بعض البيوع لما فيها من الغرر أو لمآلها إلى الغرر، ومنها: النهي عن بيع الملامسة والمنابذة والحصاة، النهي عن بيع الحَبَلة والمضامين والملاقيح، النهي عن بيع الثمر قبل بدوّ الصلاح، النهي عن بيع اللبن في الضرع، والنهي عن بيع عَسْبِ الفحل ..، وغيرها من البيوع التي تتضمن الغرر الفاحش المؤدي إلى النزاع بين العاقدين.

وضابط الكثرة والقلة في الغرر من الأمور النسبية التي تختلف لاختلاف الزمان والمكان، ولهذا فليس من

---

58 مسلم، البيوع، 3

59 شرح صحيح مسلم للنووي، 156/10

60 المبسوط لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، 294/13

61 المجموع للنووي، 246/9

62 التمهيد لابن عبد البر، 191/2

السهل وضع حد فاصل بين الغرر الكثير الذي يؤثر في العقد، والغرر اليسير الذي لا يؤثر، وهـذا هـو سـبب اختلاف الفقهاء في مسائل الغرر.

ويمكن أن يجعل هذا الأصل معيارا في فحص الكثير من المسائل المعاصرة، ومن أمثلـة العقـود المـستحدثة المشتملة على الغرر:

– عقد التأمين التجاري، وقال أكثر العلماء بتحريمه لأنه عقد معاوضة يلتزم فيه المؤمن (شركة التأمين) بأن يدفع للمستأمن (العميل) مبلغا متفقا عليه عند وقوع الخطر مقابل أقساط دورية يدفعها المستأمن، وذلك لما فيه من الغرر الكثير الفاحش الذي لا يغتفر لأنه يشتمل على أنواع الغرر الأربع (الوجود–الحصول–مقـدار التعـويض–الأجل)، فالمؤمن قد يحصل على قسط واحد ثم تقع الكارثة، وقد يحصل على عشرة أقساط ثم تقع الكارثة، وقـد يحصل على جميع الأقساط ولا تقع الكارثة في مدة التأمين فلا يخسر شيئا.[63]

– أوراق اليانصيب، وهو أن يدفع مبلغا صغيرا ابتغاء كسب النصيب الذي هو المبلغ الكبير، فهـي غـير جائزة لأنها قمار، وتشتمل على الغرر الفاحش، وأكل المال بالباطل.

– المضاربة على فروق الأسعار في البورصة، فهي ضرب من القمار والرهان أيضا، فهي ليست من البيع في شيء وإنما أكل المال بالباطل. ولأنه بيع ما لا يملك، فالبيع والشراء يتكرر على السلعة الواحدة دون قبض حقيقي، فهي غير جائزة شرعا لأنها تشتمل على بيع الشخص ما لا يملك اعتمادا على أنه سيشتريه فيما بعد ويـسلمه في الموعد، وهذا منهي عن شرعا وهو من أنواع الغرر.

– ومن الغرر المغتفر ما يجري في بعض المطاعم والفنادق الكبيرة من أن المشتري يأكل مشاء بقـدر مـشاء بثمن واحد بغض النظر عن مقدار الطعام الذي تناوله، فالقياس لا يجوز هنا للجهالة والغرر، ولكنه يجوز ذلك هنا لأن الجهالة يسيرة والغرر مغتفر لجريان العرف والتعامل بذلك، وكذلك استئجار السيارات...

63 لمزيد من التفاصيل ينظر: التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية لعلي محي الدين القره داغي، دار البشائر الإسلامية، بيروت 2005، ص163

ب) القواعد الخاصة بالتبرعات

القاعدة الأولى: يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات من الغرر والجهالة

التبرعات تشمل الهبة، والصدقة، والوصية، والإعارة، والقرض، والكفالة....، وغيرها من العقود الـتي في معنى التبرع وأساسها المعروف والإحسان، فمثل هذه العقود لا يؤثر فيها الغرر والجهالة، لأن المتـبرع عليـه لا يلحقه أي ضرر بسبب ذلك، لأنه لم يدفع عوضا يستحق العدل والعلم بالمعوض عنه.

قال القرافي: "إن هذه التصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بها لا ضرر عليه فإنه لم يبذل شيئا، بخلاف غيرها إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المال المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه، أما الإحسان الصرف فلا ضرر، فاقتضت حكمة الشرع وحثه على الإحسان التوسعة فيه بكـل طريق بالمعلوم والمجهول".[64]

ومن أهم التطبيقات المعاصرة في المعاملات المالية لهذه القاعدة عقد التأمين التعاوني، فهو من عقود التـبرع على تفتيت الأخطار فيغتفر فيه الغرر والجهالة، لأنه لا يقصد به المعاوضة، بل يقـصد بـه التـضامن والتعـاون والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحا من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر.

وقد اتفق المعاصرون والمجامع الفقهية على جواز التأمين التعاوني من حيث المبدأ إلا إذا تعاملت شـركته أو إدارته بالمحرمات مثل الربا ونحوه.[65]

القاعدة الثانية: لا يتم التبرع إلا بالقبض

إن مجرد العقد في التبرعات كالأوقاف والهبات والإعارات والصدقات وغيرها لا يثبت الملك فيها للمتـبرع له إلا بعد القبض، ولا ضمان على المتبرع، فالقبض هو المتمم للعقد في مجال التبرعات، وإذا لم يقع القبض صـار

64 الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق خليل المنصور، دار الكتب العليمة، بيروت 1998، 277/1

65 التأمين الإسلامي للقرداغي، ص199 ؛ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 9 (2/9).

العقد اللفظي لا أثر له. أما إذا كان التبرع مضافًا لما بعد الموت كالوصية فإنه لا يشترط فيها القبض علـــى رأي الجمهور، لأن طبيعة عقد الوصية تبرع مضاف لما بعد الموت لذا لا يشترط فيها القبض، وقال المالكية بثبوتـــه في .بمجرد العقد، ولأنه عقد لازم ينقل الملك فلم يقف لزومه على القبض كالبيع.[66]

والدليل على ثبوت هذه القاعدة: ما روي عن أبي بكر وعمر وابن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم أنهم قالوا: ((لا تتم الصدقة إلا بالقبض)).[67]

إنّ عقد التبرع لو تم بدون قبض لثبت للمتبرع له مطالبة المتبرع بالتسليم، وبالتالي يصبح العقد عقدَ ضمان وهو تغيير للمشروع.[68] ولأنه عقد إرفاق يقتضي القبول فافتقر إلى القبض.[69]

ويتفرع عن هذه القاعدة:

- "الهبات لا تتم إلا بالقبض"[70]
- "إذا توفي الواهب أو الموهوب له قبل القبض تبطل الهبة"[71]

والضابط أن ما كان القبض فيه من مقتضى العقد وموجبه فإنه يلزمه من غير قبض، كالبيع والإجارة والصداق والخلع، وما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم إلا بالقبض، كالرهن لا يلزم من جهة الراهن إلا بإقباضه، وكذلك الهبة لا تملك إلا بالقبض.[72]

---

66 المغني لابن قدامى، 379/5

67 بدائع الصنائع للكاساني، 123/6 ؛ شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص 299

68 شرح القواعد الفقهية للزرقا، ص 299

69 كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني، تحقيق محمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق 1994، ص 309

70 البحر الرائق لابن نجيم، 305/5 ؛ روضة الطالبين للنووي، 77/5 ؛ التمهيد لابن عبد البر، 244/7

71 المجلة، مادة 57

72 المنثور في القواعد الفقهية لأبي عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، تحقيق تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، الكويت 1405، 406/2

الخاتمة

هذه هي أهم القواعد والضوابط التي لها علاقة بالمعاملات المالية التي تعرضت لها في هذا البحث، وأهم المسائل المعاصرة التي تم تقريرها كتطبيق على تلك القواعد والضوابط، إلا أنه هناك قواعد وضوابط كثيرة لها صور كثيرة من النوازل المعاصرة في باب المعاملات والعقود المالية تركتها اختصارا، كالقواعد الحامية للسوق، مثل: لا يحتكر إلا خاطئ، التسعير يدور مع المصلحة وجودا وعدما، النجش حرام، ..وغيرها؛ والقواعد الحاكمة على الربا، مثل: لا يباع الكالئ بالكالئ، لا يحل بيع وسلف، كل قرض جر نفعا فهو ربا، ...وغيرها ؛ والقواعد المنظمة للضمان والأمانات، مثل: على اليد ما أخذت حتى تؤدي، الجواز الشرعي ينافي الضمان، الخراج بالضمان، وغيرها من القواعد والضوابط التي يضيق المقام بذكرها، مما يجب على المتخصصين في هذا المجال، وخاصة أصحاب الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في معرفتها لربط المفاهيم والقواعد والضوابط بالتطبيق العملي، كما تعينهم في توضيح الاستفسارات المالية المعاصرة وبيان المشروع منها، وتكون قادرة على تقديم نماذج عملية من المعاملات المالية التي تقوم على أساس مرجعية فقهية مرنة قابلة للتطبيق، وتستوعب مستجدات العصر. فإنه للنظر في المستجدات والنوازل الفقهية يجب استخلاص القواعد والضوابط التي هي كليات تنبني عليها فروع، فالفروع تتجدد وتتبدل بينما الكليات ثابتة لا تتغير.

الدكتور. إسماعيل خالدي
الهيئة الشرعية للبنك الكويتي التركي
الهاتف: 00902123541167
النقال: 00905332555856
E-mail: smain.khaldi@kuveytturk.com.tr